

Publicato il 29/06/2021

N. 04501/2021 REG.PROV.COLL.
N. 00102/2021 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 102 del 2021, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Costruzioni Grillo di Felice Grillo, in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e in qualità di capogruppo mandataria dell'ATI con la mandante Holtz Albertani (ATI Grillo-Holtz Albertani), rappresentato e difeso dagli avvocati Arturo Cancrini, Giacomo Tartaglione, Francesco Vagnucci, con recapito digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Marcianise, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Sabatino Rainone, con recapito digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Mic Costruzioni S.r.l., in proprio nonché quale capogruppo designata del R.T.I. con la soc. Rubner Holzbau Sud a r.l. (di seguito: ATI MIC-Rubner), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli

avvocati Eduardo Romano, Alessandro Romano, con recapito digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento:

1) Riguardo al ricorso introduttivo:

- della determina dirigenziale n. 903 del 30 novembre 2020, comunicata con nota prot. n. 55323 del 2 dicembre 2020, con la quale il Comune di Marcianise ha disposto l'annullamento in autotutela della determina dirigenziale n. 813 del 28 ottobre 2020;

- di tutti gli atti presupposti, connessi e conseguenti, ancorché non conosciuti, ivi inclusa, occorrendo, la nota del Segretario Generale prot. n. 54123 del 25 novembre 2020, non conosciuta, citata nella determina dirigenziale n. 903 del 30 novembre 2020 e la determina dirigenziale n. 679 del 28 agosto 2019 di aggiudicazione del contratto controverso al RTI controinteressato MIC-Rubner;

e per la condanna dell'amministrazione comunale intimato a risarcire il danno cagionato alla ricorrente in forma specifica, mediante annullamento degli atti impugnati e conseguente aggiudicazione in favore dello stesso RTI deducente della commessa oggetto di affidamento e subentro nell'esecuzione del contratto eventualmente stipulati ex art. 122 c.p.a..

con conseguente declaratoria d'inefficacia del contratto eventualmente nelle more stipulato con l'illegittimo aggiudicatario,

e con riserva di chiedere, in separato giudizio, il ristoro dei danni per equivalente monetario qualora risultasse impossibile la reintegrazione in forma specifica per fatto non imputabile o comunque non dipendente dalla volontà della odierna ricorrente.

2) Riguardo al ricorso per motivi aggiunti:

- della determina dirigenziale n. 116 del 25 febbraio 2021/registro settoriale n. 8 di pari data con la quale il Comune di Marcianise ha disposto l' "Affidamento congiunto della progettazione esecutiva, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione ed esecuzione dei lavori relativi alla

Ristrutturazione dell'ex canapificio da destinare ad impianti sportivi CIG: 748881801E - CUP: H28J07000020004 – presa d'atto note commissari di gara”;

- di tutti gli atti presupposti, connessi e conseguenti, ancorché attualmente non conosciuti, ivi inclusa, occorrendo, le note dei Commissari di gara prot. n. 59269 e prot. n. 10878 del 25 febbraio 2021, conosciute negli estremi, indicate nella determina dirigenziale n. 116/2021.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Marcianise e di Mic Costruzioni S.r.l.;

Vista l'ordinanza cautelare n. 700 del 15 aprile 2021;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore il dott. Gianmario Palliggiano nell'udienza pubblica del giorno 23 giugno 2021 - svoltasi in modalità telematica, ai sensi dell'art. 25 D.L. 137/2020 convertito con modificazioni dalla L. n. 176/2020 e del Decreto del Presidente del Consiglio di Stato del 28 dicembre 2020 - e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- Per una migliore comprensione della presente controversia, appare opportuno ricostruire gli antefatti.

Con determina dirigenziale n. 679 del 28 agosto 2019, il Comune di Marcianise aggiudicava alla Società MIC Costruzioni S.r.l. – in qualità di mandataria, capogruppo del RTI MIC-Rubner - la gara d'appalto avente ad oggetto: “Affidamento congiunto della progettazione esecutiva, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione ed esecuzione dei lavori relativi alla. Ristrutturazione dell'ex canapificio da destinare ad impianti sportivi”.

Decorsi circa tre mesi dalla comunicazione dell'aggiudicazione definitiva, l'odierna ricorrente, in data 3 dicembre 2019, presentava istanza di accesso agli atti di gara.

Nel frattempo, in data 7 gennaio 2020, il Comune di Marcianise avviava il procedimento finalizzato alla declaratoria di nullità dell'aggiudicazione definitiva poiché la determina del 28 agosto 2019 pubblicata era stata firmata digitalmente solo dopo la sua pubblicazione all'albo pretorio comunale.

Con determina n. 167 dell'11 marzo 2020, l'ing. Fulvio Tartaglione, allora Dirigente del III Settore, annullava l'aggiudicazione definitiva, sul rilievo formale dell'assenza di firma dell'atto da parte del dirigente competente.

L'aggiudicataria MIC Costruzioni S.r.l. impugnava la sopra menzionata determina innanzi a questo TAR con ricorso iscritto al numero R.G. 1703 del 2020, definito con sentenza di accoglimento n. 3019 del 10 luglio 2020.

In seguito, con nota prot. n. 37709 del 17 agosto 2020, sempre il Dirigente del III Settore avviava nuovamente il procedimento ai fini dell'annullamento dell'aggiudicazione del 28 agosto 2019, per motivi diversi da quelli del precedente procedimento, avendo rilevato talune problematiche relative all'offerta tecnica prodotta dal RTI MIC-Rubner.

I nuovi motivi adottati a sostegno del secondo provvedimento di annullamento sono stati così individuati:

- diversa ed inferiore classe d'uso della struttura proposta dal RTI MIC-Rubner (classe d'uso III) rispetto alle previsioni della legge di gara;
- carenza dei requisiti necessari per la realizzazione di strutture prefabbricate in cemento armato;
- interruzione nel possesso della qualificazione SOA nel periodo dal 6 agosto 2020 al 25 settembre 2020;
- omessa comunicazione di una serie di variazioni importanti che avevano interessato le Società facenti parte del RTI aggiudicatario, in primo luogo, il cambio di direzione sociale della mandante Rubner.

Pertanto, con determina n. 813 del 28 agosto 2020, il dirigente del III Settore annullava l'aggiudicazione e dava atto della nuova graduatoria nella quale al primo posto era collocato il RTI Grillo– Holz Albertani.

In seguito all'annullamento, lo stesso Dirigente del III settore, con nota prot. n. 50761 del 5 novembre 2020, chiedeva a quest'ultimo raggruppamento di confermare la propria offerta, in attesa che fosse formalizzata l'aggiudicazione definitiva, conferma poi intervenuta con nota del 19 novembre 2020.

E' accaduto quindi che, insediatosi l'ing. Fiorenzo De Cicco nella posizione di nuovo Dirigente del III Settore, con la determina n. 903 del 30 novembre 2020, l'amministrazione comunale ha annullato il provvedimento che dava atto della nuova graduatoria e rimetteva gli atti alla Commissione giudicatrice "perché si pronunci sui rilievi di carattere tecnico sollevati con il procedimento avviato con nota prot. 37709 del 17 agosto 2020", ai sensi dell'art 77, comma 11, d. lgs. n. 50/2016.

La Commissione è stata quindi convocata per la data del 22 dicembre 2020.

2.- Avverso la determina n. 903 del 2020 nonché la nota del Segretario generale prot. n. 54123 del 25 novembre 2020, Costruzioni Grillo ha proposto l'odierno ricorso, notificato il 30 dicembre 2020 e depositato il successivo 12 gennaio 2021.

Nel merito ha formulato le censure che saranno in seguito illustrate.

Ha chiesto, in via principale, l'annullamento della determina dirigenziale n. 903 del 2020, con conseguente riviviscenza della determina dirigenziale n. 813 del 2020 e della graduatoria nella stessa formulata nonché l'aggiudicazione della gara al RTI odierno ricorrente.

Il RTI deducente si è quindi dichiarato sin d'ora disponibile anche a subentrare nel contratto d'appalto eventualmente stipulato nelle more del giudizio con l'attuale aggiudicatario, anche ai sensi degli artt. 121, 122 e 124 c.p.a.

Il comune di Marcianise si è costituito in data 25 gennaio 2021 e, con memoria, ha eccepito in via preliminare l'inammissibilità del ricorso per carenza d'interesse ad agire, posto che la determina n. 813 del 2020 non avrebbe attribuito alcun vantaggio al RTI Grillo-Holz Albertani poiché dà solo atto della nuova graduatoria senza provvedere espressamente all'aggiudicazione in suo favore. Nel merito ha contro-dedotto per il rigetto del ricorso stante l'infondatezza nel loro complesso delle dedotte censure.

MIC Costruzioni, a sua volta, in data 25 gennaio 2021, si è costituita in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria del RTI MIC-Hubner, depositando documentazione e memoria con la quale ha argomentato per il rigetto del ricorso in quanto infondato.

In data 26 febbraio 2021, il Comune di Marcianise ha depositato la determina n. 116 del 25 febbraio 2021 di presa d'atto della nota – acquisita al protocollo dell'ente comunale al n. 10926 del 25 febbraio 2021 – con la quale la Commissione di gara ha confermato l'aggiudicazione in favore del RTI Mic-Rubner.

3.- Avverso tale determina, Grillo Costruzioni ha proposto ricorso per motivi aggiunti, notificato e depositato il 17 marzo 2021.

In vista della camera di consiglio del 14 aprile 2021, le parti hanno prodotto memorie con le quali hanno ribadito e puntualizzato le rispettive ragioni.

Con ordinanza n. 700 del 14 aprile 2021, il TAR ha respinto la richiesta di provvedimento cautelare urgente.

Il ricorso è stato quindi fissato per l'udienza pubblica del 23 giugno 2021 ai fini della decisione nel merito.

Dopo discussione tra le parti, svoltasi in modalità telematica, ai sensi dell'art. 25 D.L. 137/2020 convertito con modificazioni dalla L. n. 176/2020 e del Decreto del Presidente del Consiglio di Stato del 28 dicembre 2020, la causa è stata trattenuta per la decisione.

4.- Parte ricorrente ha dedotto col ricorso introduttivo la seguente articolata censura:

- violazione degli artt. 31, 32 e 33, d.lgs. n. 50/2016; dell'art. 107 d. lgs. 267/2000; dell'art. 21-nonies l. n. 241/1990; dei principi in materia di competenza, di proporzionalità, di buon andamento ed imparzialità, ai sensi dell'art. 97 Cost.; eccesso di potere per difetto di motivazione, sviamento, erronea presupposizione, irragionevolezza, abnormità, contraddittorietà, ingiustizia manifesta.

Con la determina dirigenziale n. 813 del 2020, il Dirigente del III Settore del Comune di Marcianise aveva disposto l'annullamento in autotutela della determina n. 679 del 2019 recante l'aggiudicazione della gara controversa al RTI MIC-Hubner, in quanto, nel corso delle verifiche propedeutiche alla stipula del contratto, erano emerse una serie di criticità tali da rendere l'opera progettata in concreto non eseguibile.

In particolare:

- la diversa e inferiore classe d'uso della struttura proposta dal RTI MIC-Hubner (classe d'uso III) rispetto alle previsioni della legge di gara: il Dirigente aveva accertato che la classe d'uso della struttura prefabbricata proposta dal RTI MIC è la III, inferiore alla classe d'uso IV che la Normativa Tecnica (NTC 2008 e NTC 2018) imporrebbe per le "Costruzioni con funzioni pubbliche", come quella di specie. Le NTC 2008 e NTC 2018, classificano, infatti, come abitazioni con classe d'uso III "le costruzioni il cui uso preveda affollamenti significativi" e con classe d'uso IV "le costruzioni con funzioni pubbliche o strategiche importanti", come quella in esame.

- la carenza dei requisiti necessari per la realizzazione di strutture prefabbricate in cemento armato: la variante progettuale proposta dal RTI MIC-Hubner porrebbe problemi insormontabili in fase di esecuzione del contratto, posta la carenza dei requisiti necessari di qualificazione da parte dei soggetti facenti parti del raggruppamento tale da non consentire la realizzazione di un prefabbricato in cemento armato, nella specie OS13 - Strutture prefabbricate in cemento armato, categoria superspecialistica a qualificazione obbligatoria, assoggettata al DM 4/2017.

- l'interruzione nel possesso della qualificazione SOA - da parte della mandante Rubner - interruzione riscontrata nel corso della verifica propedeutica alla stipula del contratto: a seguito di interrogazione del Casellario ANAC, il Dirigente ha appurato che Rubner, all'epoca della partecipazione alla procedura, era in possesso di un attestato SOA con scadenza 6 agosto 2020, con conseguente interruzione nel possesso del requisito di qualificazione nel periodo dal 6 agosto 2020 al 25 settembre 2020;

- l'omessa comunicazione di una serie di variazioni importanti che avevano interessato le Società facenti parte del RTI aggiudica, in primo luogo il cambio di direzione sociale della mandante Rubner: la variante progettuale proposta dal RTI MIC-Hubner – consistente in una struttura prefabbricata in cemento armato in luogo di quella a base di gara che è del tipo “gettata in opera” - pur astrattamente consentita dalla disciplina di gara, non avrebbe comunque consentito, pena l'esclusione, una riduzione della classe d'uso dell'impianto.

Pertanto, in senso contrario a quanto ricavabile dalla determina dirigenziale n. 903 del 2020, i vizi all'epoca riscontrati dal Dirigente pro tempore nel corso della verifica propedeutica alla stipula del contratto avrebbero dovuto condurre all'annullamento del provvedimento di aggiudicazione, senza necessità di un ulteriore passaggio presso la Commissione, trattandosi di vizi e carenze oggettive tali da non consentire in alcun modo l'approvazione della proposta di aggiudicazione e la stipula del contratto.

5.- Col ricorso per motivi aggiunti la ricorrente ha pedissequamente riproposto, per invalidità derivata, le doglianze già formulate col ricorso introduttivo.

6.- Il ricorso introduttivo, al pari di quello per motivi aggiunti, è inammissibile e comunque infondato.

Nella presente controversia è dirimente la circostanza per la quale l'annullamento giurisdizionale della determina n. 167 dell'11 marzo 2020 – intervenuto con la sentenza n. 3019 del 2020 di questa Sezione – ha riportato

piena validità ed efficacia alla determina n. 679 del 28 agosto 2019, con la quale l'amministrazione comunale di Marcianise aveva in origine disposto l'aggiudicazione definitiva in favore del RTI MIC–Hubner, aggiudicazione impugnata solo con l'odierno ricorso dalla società ricorrente, aspetto che pone dubbi sulla ammissibilità stessa dell'impugnazione sia per un profilo di tempestività sia di concretezza dell'interesse.

Né può valere ai fini del recupero dell'interesse, la successiva determina dirigenziale n. 813 del 28 ottobre 2020, in quanto quest'ultima è stata a sua volta annullata in autotutela dalla determina dirigenziale n. 903 del 30 novembre 2020, con la quale l'amministrazione comunale ha disposto:

- di rimettere gli atti alla Commissione giudicatrice perché quest'ultima si pronunciasse sui rilievi di carattere tecnico sollevati con il procedimento avviato con la nota pro. 37709 del 17 agosto 2020, pur facendo presente che il RUP si era ripetutamente espresso sull'affidabilità e sulla congruità dell'offerta presentata dal RTI MIC-Hubner;
- di dare atto che, con successivo provvedimento, si sarebbero acquisite le risultanze dell'esame da parte della Commissione.

La Commissione, sul punto, è apparsa chiara nelle sue determinazioni, posto che non ha ravvisato gli estremi per il riesame e, pertanto, ha in sostanza dato piena conferma delle precedenti proprie valutazioni, cristallizzate col verbale n. 8 del 18 gennaio 2019, con il quale si demandava al RUP la verifica dell'anomalia.

Pertanto, si ribadisce, a conclusione di un procedimento, invero tutt'altro che lineare, la proposta di aggiudicazione, assunta a suo tempo con la determina di aggiudicazione n. 679 del 28 agosto 2019, a finito per recuperare la sua piena efficacia e validità.

E' quindi evidente che la ricorrente non può con l'odierno ricorso proporre censure su profili relativi ai requisiti soggettivi ed all'offerta tecnica che metterebbero in discussione decisioni passate che hanno ormai acquisito carattere definitivo.

7.- Rimane a questo punto da esaminare la censura relativa all'asserita carenza dei poteri della Commissione di gara riguardo al richiesto riesame della fase istruttoria delle offerte.

Sul punto è sufficiente ricondursi a quanto previsto dall'art. 77, comma 11, del d. lgs. 50 del 2016, secondo cui: "In caso di rinnovo del procedimento di gara, a seguito di annullamento dell'aggiudicazione o di annullamento dell'esclusione di taluno dei concorrenti, è riconvocata la medesima commissione, fatto salvo il caso in cui l'annullamento sia derivato da un vizio nella composizione della commissione".

La normativa di riferimento è dunque chiara nella necessità di un nuovo passaggio presso la Commissione di gara nelle ipotesi in cui si sia avuto un annullamento - anche giurisdizionale - dell'aggiudicazione o del provvedimento di estromissione di taluno tra i concorrenti, questo per la semplice ragione che lo scrutinio della Commissione, in quanto organo tecnico, non è surrogabile da altri organi della stazione appaltante.

Nel caso di specie, la Commissione di gara, in continuità ed in coerenza al proprio originario scrutinio, ha valutato che non vi erano i presupposti per espletare il riesame delle proprie valutazioni, avendo concluso a suo tempo le attività proprie con la redazione della graduatoria di gara come da verbale n. 8 del 18 gennaio 2019, con il quale si demandava al RUP la verifica dell'anomalia.

La conclusione alla quale è pervenuta la Commissione si sottrae alle censure sul punto sollevate dalla ricorrente posto che l'invalidabile baluardo logico giuridico è rappresentato dal carattere definitivo e quindi intangibile assunto dalla determina di aggiudicazione n. 679 del 2019, una volta che la determina n. 903 del 2020 ha annullato la determina n. 813 del 2020.

In ogni caso, qualora dovesse ritenersi censurabile l'atto impugnato col ricorso introduttivo nella parte in cui il Comune di Marcianise ha rilevato l'incompetenza del Dirigente nell'effettuare l'istruttoria del procedimento di autotutela, si rileva - in senso contrario - che la determina n. 813 del 2020 era

stata emanata in chiara violazione del principio del *contrarius actus*. (cfr. T.A.R. Lombardia - Brescia, sez. II, 25 settembre 2018, n. 906 nella parte in cui precisa: “Se infatti, il giudizio è, nella fisiologia del procedimento di gara, demandato alla Commissione, che deve accertare il possesso del requisito e attribuire il relativo punteggio, il *contrarius actus* non può che essere demandato alla Commissione stessa, che deve procedere al rinnovo della valutazione”.

La giurisprudenza è chiara nell’affermare che i procedimenti di autotutela necessitano della medesima procedura che ha dato vita all’atto, in seguito ritirato, “anche in termini di organo competente” (cfr. *ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, 30 giugno 2017, n. 3207; TAR Genova, sez. I, 18 luglio 2017, n. 627). E’ per quest’ulteriore ragione che la determina n. 903 del 2020 appare esente dalle dedotte censure posto che il neo Dirigente del Comune di Marcianise aveva constatato anche che il suo predecessore si era assunto poteri propri e specifici della commissione di gara, rivalutando in sostituzione aspetti tecnici dell’offerta proposta dal RTI MIC-Hubner, già oggetto di esame da parte dell’organo tecnico.

8.- Le spese seguono il criterio della soccombenza e sono determinate nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui relativi motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li rigetta.

Condanna la ricorrente al pagamento di € 3.000,00 (tremila/00), oltre accessori di legge, per ciascuna delle parti resistenti: Comune di Marcianise, MIC Costruzioni s.r.l.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall’autorità amministrativa.

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 23 giugno 2021 - svoltasi in modalità telematica, ai sensi dell’art. 25 D.L. 137/2020 convertito

con modificazioni dalla L. n. 176/2020 e del Decreto del Presidente del Consiglio di Stato del 28 dicembre 2020 - con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Veneziano, Presidente

Gianmario Palliggiano, Consigliere, Estensore

Maurizio Santise, Consigliere

L'ESTENSORE
Gianmario Palliggiano

IL PRESIDENTE
Salvatore Veneziano

IL SEGRETARIO